

# Los principios y la transformación del proceso

DR. RAMÓN TEODORO RÍOS

Juez de la Cámara de Apelaciones  
en lo Penal, Sala II.

Rosario

*Iniciamos este trabajo parafraseando un viejo pensamiento de Jorge Peyrano<sup>1</sup> : cuando Guasp afirmaba la existencia de un derecho procesal natural integrado por mandamientos indeclinables, como el libre acceso a los tribunales de justicia, la prohibición de condenar sin dar la posibilidad de ser escuchado, la igualdad entre las partes, la veracidad y buena fe en los actos procesales, en realidad estaba entreviendo claramente el tema de los principios.*

*¿Qué son los Principios? Son directivas esenciales; se asimilan a una fórmula de derecho concentrado. En un orden dado, son los que se hallan antes que todo: informan, orientan e inspiran a lo que le sigue..., a todo lo demás.*

Suelen traducirse como punto de partida (fuerte o débil), aunque también se los vincula con la razón o el fin de alguna cosa o institución. Para una concepción están antes y por encima de las leyes ó reglas: inspiran y preexisten al derecho positivo; para otra, resultan consagrados por inducción o por generalización, a partir de las reglas o normas positivas. De todas maneras, aun en las concepciones no positivistas, los principios tienden a reclamar acuñación judicial o legislativa; sobre todo determinación judicial, ya que, entendidos como ratio legis, su valor normativo aparece en la continuidad jurisprudencial.

En buen romance, se trataría de **directrices, normas, fines o valores a los que debe sujetarse la configuración del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo y que suministran coherencia y armonía al conjunto.**

De allí la importancia de los principios:<sup>2</sup> 1)- en la tarea interpretativa y de aplicación del derecho; 2)- como elemento de justificación de ciertas decisiones (desplegado argumentalmente en los Considerandos de las sentencias); y 3)- a la manera de

guía para cubrir las lagunas de las reglas o normas subalternas (función integrativa del sistema).

## Reglas y Principios

Lo expuesto en el punto anterior muestra la conveniencia de esta visión preliminar de los principios en general y de los caracteres que distinguen **Reglas y principios**. Ambos son normas, pues se expresan a través de mandatos, permisiones y prohibiciones: ambos dicen lo que debe ser; Toda norma, en definitiva, es o una regla o un principio.

Suele establecerse, como signo demostrativo de la distinción, la característica de admitir la regla su extremo antagónico (la modalidad oral o escrita de un proceso sería una regla), en tanto que el principio no acoge una alternativa opuesta. Así Adolfo Alvarado Velloso diferencia los principios procesales, de las **reglas técnicas** del debate y la actividad de sentenciar, y de los sistemas de enjuiciamiento. Los **principios**, para esta postura, son los diseñados en forma unitaria, pues no admiten –al decir de Ricardo Grisetti<sup>3</sup> - la existencia de su par antinómico

(un ejemplo de ello sería la imparcialidad del juzgador). En cambio las **reglas** hacen referencia a un binomio de contradictorios (como mencionáramos antes, la oralidad o la escritura en el proceso). Por último los **sistemas** participan de las reglas porque no son unitarios como los principios, pero tampoco se asimilan a las primeras por cuanto comprenden «una suma diferenciada de verdaderos principios y de auténticas reglas» (Grisetti).

No seguiremos la terminología recién aludida porque en la práctica diaria también a las normas generales de carácter bipolar se las nomina como principios. Más vale advertimos una diferencia entre principios procesales cardinales (no es un proceso el que no es acusatorio, o no cuenta con un tercero caracterizado por el principio de imparcialidad), y principios procesales subalternos, que señalan modalidades no esenciales al proceso. Por lo demás la concepción amplia enriquece las conclusiones de este elemental análisis.

El recordatorio elemental sobre el tema es importante para los jueces, fiscales y defensores porque los principios significaron

el abandono de la clásica y tradicional aplicación de un literalismo conceptual, apegado al texto de la norma y ceñido al camino deductivo de un rígido silogismo, para reemplazar esa hermética interpretación por otra más dinámica y flexible, donde la ley (regla) deja de ser la fuente exclusiva del derecho y se hace posible aproximar la solución más justa al caso o incidente en tratamiento.

Ronald Dworkin, en la polémica con Hart, que fuera su maestro, rechazó la reducción del derecho a un sistema de reglas. En cambio consagró a los principios como fuente de derecho superadora de la concepción positivista de Hart, y reconoció en ellos, al decir de Rodolfo L. Vigo, exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad. Así, la injusticia extrema, aun la condensada en la ley, ya no pudo, pacíficamente, identificarse con el derecho. Sucumbe la sinonimia ley = derecho.

Históricamente, el Estado de Derecho legal identificó el Derecho con la Ley... De allí la obstinación por apotegmas como el *dura lex, sed lex* y el *in claris non fit interpretatio*, herméticamente legalistas y ceñidos a

la letra de la norma positiva, cualquiera sea el grado de injusticia resultante. Los principios, en cambio, son propios del moderno Estado de Derecho Constitucional, forjado en las antípodas del decimonónico Estado de Derecho Legal bajo la vigencia del principio de supremacía constitucional y del control de convencionalidad, ejercidos por la jurisprudencia nacional e internacional.

No han faltado voces críticas al principialismo. Dice Giovanni Tarello: El argumento a partir de los principios es un esquema vacío. Antonio Enrique Pérez Luño remarcó el carácter ambiguo y contradictorio de la expresión y la falta de un criterio delimitador entre principios, valores y derechos fundamentales. La objeción es correcta si nos atenemos a la entrañable vinculación entre principios, fines y valores. Si a los primeros se los considera puntos de partida, son significativos sus puntos de destino y la axiología que revelan.

Para Pérez Luño se trataría de un mito jurídico, pero reconoce que es un mito que responde a una necesidad: constituir una cláusula de cierre del sistema de las fuentes del derecho. Así, gracias a esa «preten-

«dida» fuente normativa, los tribunales, aun en defecto o contra de la ley, podrán recurrir a ella y dar una respuesta a todos los conflictos. De esa manera se crea la «ilusión» de evitar los riesgos 1) del arbitrio o decisionismo judicial, 2) de la omnipotencia de la doctrina o 3) de la apelación directa al derecho natural.

¡También a los penalistas nos cuesta sobremanera la apertura a una generosa interpretación principialista... Precisamente un principio, el de legalidad sustancial (el *nullum crimen, nulla pena sine lege*), propicia una hermenéutica constreñida a la letra de la norma (exigencia de *lex praevia, scripta, stricta y certa*, que veda en el Derecho Penal la vigencia de la retroactividad *in malam* parte, la costumbre, la analogía y la equívocidad terminológica, respectivamente).

Y esa rigurosidad resulta correcta en lo que refiere a la línea de incriminación de las conductas. Pero no parece válido extenderla más allá de esos límites, como por ejemplo en el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba u otros beneficios favorables al imputado.

Sin perdernos en las profundidades de la controversia de Esser y Kelsen, o de Hart y Dworkin, percibimos que los principios – en un sentido fuerte- se acercan más al llamado derecho natural que a un derecho formalmente positivo del Estado identificado por el test de su *pedigree* de origen, como sucede con las reglas. Recordemos que la excusa positivista de los jueces del nazismo en *Nürnberg* fue la afirmación de haber aplicado obedientemente la ley positiva imperante en el Estado.

### Crterios distintivos de reglas y principios

¿Cómo son las reglas, al compararlas con los principios, de acuerdo a la perspectiva asumida en este trabajo?\*

1) Son concretas y puntuales. Se trata de proposiciones deónticas que contienen: un supuesto de hecho + una consecuencia jurídica. Así:

A. Al que matare a otro + se le aplicará de 8 a 25 años de prisión”, art.79 CP.

B. Al que fuera reincidente + no se le concederá la libertad condicional, art.14 CP.

2) Recortan el derecho con una visión legalista de corte matemático.

3) Suelen reglamentar temas particulares (como tipificar un delito o puntualizar una prohibición).

4) Se aplica todo o nada. Si se configura el supuesto de hecho, adviene ineludiblemente la consecuencia jurídica.

5) En caso de conflicto rige el criterio de jerarquía o validez normativa.

6) La competencia jurígena (creadora del derecho) de las reglas, reside y se concentra en el Poder Legislativo.

¿Y cómo se caracterizan los principios?

1) Son más indeterminados y menos puntuales. Contienen directrices comunes o generales, como lo son las nociones de bien común o de tutela judicial efectiva.

2) Suelen estar por encima del sistema normativo infraconstitucional (los encontramos en la Constitución Nacional, las Convenciones de Derechos Humanos, la jurisprudencia internacional). Los principios

fuerzas imponen exigencias indisponibles para el legislador, permiten evaluar la validez o descalificación de la ley o seleccionar la mejor respuesta jurídica para el caso

3) No tienen la claridad y precisión de las reglas, pero cuentan con mayor potencial expansivo axiológico o valorativo y mayores exigencias de moralidad (*Principio pro hómine*; dignidad humana).

4) No rigen todo o nada, sino que pueden llevarse a cabo en distintos niveles de cumplimiento según sus posibilidades reales y jurídicas (operan como verdaderos mandatos de optimización, según Alexy)

5) En caso de conflicto entre principios: no se dirime por el test del *pedigree* de origen; habrá de decidirse por la fundada ponderación, balance o *clearing* de los intereses en juego de acuerdo a las circunstancias del caso. Por ejemplo, interés superior del niño abusado sexualmente, versus el principio de inocencia y de la defensa en juicio del imputado en la causa por abuso sexual (en ese caso el problema se plantea entre las Convenciones Internacionales en un delicado balance de valores en juego.

6) La competencia jurígena de los propios se exterioriza especialmente en la jurisprudencia nacional o supranacional.

### **Función enriquecedora y riesgos de los principios**

Los principios, con su contenido moral y axiológico, abren posibilidades para que el jurista encuentre nuevas respuestas jurídicas, ajustadas a las características irrepetibles de los hechos; de allí la necesidad de un conocimiento minucioso de esos hechos peculiares de la causa. Los casos singulares y concretos no son iguales y tratarlos como tales, pese a su diferencia fáctica, es una visión masificadora de la persona humana. El legislador no pudo prever en la preceptiva genérica las hipótesis anómalas inimaginables que pueden darse en la práctica; pero puesto en la situación imprevista también la hubiera solucionado con idéntico criterio razonable invocando el principio equitativo.

En este sentido los principios constituyen una Instancia de racionalidad y de legitimación decisoria. Van Hoëcke, distingue principios que operan, por lo general,

como restricción a las normas escritas en supuestos en que éstas resulten irrazonables, faltas de claridad o aparezcan como inaceptables. Así, con la admisión de los principios, es posible acudir hasta la tópicca y tomar en serio los derechos humanos en el intento argumentativo de hallar la solución más adecuada al caso.

En lugar de la fe en las autoridades, ahora cobra importancia la exigencia de que las opiniones sean justificadas; que las decisiones no sean meros actos de poder. La tópicca<sup>5</sup> –como técnica del pensamiento problemático desenvuelta por la retórica– vuelve imprescindible como medio de justificación argumentativa de la decisión. La importancia de los considerandos donde se cristaliza la argumentación que sostiene la decisión adoptada por el Juez.

Es cierto que las reglas con semejante enfoque aparecen debilitadas en su validez y vigencia, al estar sujetas a la compatibilidad con los principios: existe el riesgo de expulsión de las reglas positivas que los contradigan. En ese sentido el normativismo tiende a una solución segura y anticipada por la ley. El principialismo busca una

solución equitativa e inédita para cada caso. ¡Es la eventual tensión entre el valor seguridad y el valor justicial!

¡Es que el Juez sólo puede, en último término, fallar según su propia concienzal (Larenz). Y ello aun desafiando la letra de la regla o aunque sepa anticipadamente que su decisión es políticamente incorrecta y lo lleve a exponerse al ataque populista o periodístico, o a un injusto jurado de enjuiciamiento.

### Derogación de reglas y ponderación de principios

Habitualmente pueden verificarse en el foro conflictos entre reglas y principios. En la Provincia de Santa Fe se halla en marcha una copernicana transformación del sistema penal y rige provisoriamente un código de transición donde resulta forzoso compatibilizar orientaciones abiertamente encontradas. Así persiste un proceso escrito y el mantenimiento del Juez de Instrucción para las causas anteriores, en tanto la innovación legislativa instaura un proceso adversarial o acusatorio por audiencias con prohibición

al Juez de suplir la omisión de las partes.

Pues bien, el art. 400 del Código de Transición, sancionado por las autoridades a cargo de la reforma, reglamenta provisoriamente la reapertura del debate y faculta al Juez a tomar medidas para proveer antes de dictar la sentencia definitiva, acorde con el más rancio principio inquisitivo. El principio acusatorio, preconizado por la ley 13.018 que fuera sancionada por las mismas autoridades, predomina sobre la regla del art. 400 e impide el uso de semejante actividad oficiosa. El mandato de optimización acuñado en el principio autoriza la exclusión de la regla.

Otro ejemplo de predominio del principio sobre la regla se verifica con el art. 390 del Código Procesal de Santa Fe vigente, en cuanto el mismo condiciona la admisión de los testigos en el juicio (que ya declararan durante la investigación), a que sus declaraciones hubieren sido observadas anteriormente en la requisitoria de elevación a juicio, en la demanda o en las defensas. Semejante obstrucción a la testimonial contenida en la regla, contradice los términos del art. 8, párr. 2º, inc., f, de la CA y el 14, 3º, e) del PtoCiv y Políticos.

En forma similar el art.49 del CPP de Santa Fe establece en forma taxativa las causas de recusación; sin embargo el principio de imparcialidad, acogido por las cláusulas supranacionales, priorizan la generosa interpretación en lo referente a la separación de los jueces<sup>6</sup>.

La regla que colisiona con un principio suele estar sustentada en un principio opuesto al detectado como incompatible con la primera.

A su vez el enfrentamiento puede darse entre principios siendo necesario el *clearing* o ponderación de los valores en pugna.

Que el juez, en los hechos, reduzca su visión con el principio de congruencia, dispositivo y el acusatorio (Ver ley 13.018, art 1 y 7) a la mirilla de las pretensiones de las partes (prohibición del fallo *ultra petita* o *extra petita*), ello no es óbice para que *ex officio* califique jurídicamente como estime acertado la materia en juicio conforme al *iura curia novit*.

Ahora bien, este principio no puede avanzar nunca por encima del principio de

la **inviolabilidad de la defensa** en juicio (o sea, no puede imprimir el Juez una calificación legal innovativa que irroge perjuicio al imputado, sin haberle dado con anterioridad a la defensa la oportunidad adecuada para **contradecir** o rebatir la modificación jurisdiccionalmente promovida).

### La declaración de la inconstitucionalidad y su necesidad

Derivación directa del *iura curia novit* es la declaración de inconstitucionalidad, porque en nuestro sistema de control difuso el derecho primero que debe aplicar el Juez es la CN, y las Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional.

Pero ¿puede el Juez ejercer *ex officio* el control de constitucionalidad o de convencionalidad, con prescindencia del pedido de las partes?

No tenemos duda al respecto. Si una regla infraconstitucional, como lo es un ordenamiento procesal, prohíbe la excarcelación del imputado -por ejemplo- por atribuírsele

el delito de libramiento de un cheque sin fondos, el tribunal debe pronunciarse por la inconstitucionalidad de la regla pese a no haber sido alegada por la defensa pues no puede silenciar la preponderancia del principio de inocencia sobre la regla que establece un anticipo ilegítimo de pena.

Para la Corte IDH el control oficioso de la constitucionalidad o de la convencionalidad, es un deber de los tribunales judiciales.<sup>7</sup> Nuestra Corte nacional ha sido oscilante en el tema. La doctrina recién tuvo consagración en el 2001 en *Mill de Pereyra, Rita Aurora*<sup>8</sup>

Ahora ¿es siempre necesaria la declaración de la inconstitucionalidad? A nuestro entender la respuesta debe ser negativa. En efecto, *no siempre cuando no se aplica la regla positiva en un caso concreto, es necesario declarar su inconstitucionalidad.*

Señalaba Germán Bidart Campos que una regla *«puede no ser inconstitucional en sí misma, pero ser inconstitucional el resultado aplicativo injusto que es capaz de originar para una situación determinada y concreta»*. En esos casos, continuaba el maestro, *«hay que esquivar su aplicación, y sin que la*

*valoración de la ley haya siempre de conducir a su declaración de inconstitucionalidad»*. En otros términos, el juez debe inaplicar la ley, tanto cuando esta en su generalidad abstracta es injusta e inconstitucional, como *«cuando sin serlo en tanto norma general, sin embargo produce injusticia concreta si se aplica a un caso que, por sus peculiares circunstancias, no tolera encuadrarse en la previsión general de la ley»*.<sup>9</sup>

Un ejemplo práctico es el que enseña el recordado iuspenalista santafesino Carlos Creus y versa, nada menos, sobre la inaplicabilidad de la pena legalmente establecida cuando la sanción no cumple ninguna finalidad de prevención, sino que, conspira en contra del principio de readaptación o reinserción social, consagrado como meta en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos. Ninguna Regla, afirma Creus, puede obligar a imponer pena cuando están ausentes todas las necesidades de prevención, es decir cuando la pena signifique sólo una retribución. La inclusión de los tratados en la Constitución impondría la exigencia de la renovación del debate sobre este extremo.<sup>10</sup>

Así se ha resuelto por la Cámara Penal de Rosario la inaplicabilidad de la pena de inhabilitación por delitos culposos de leve violación al deber de cuidado cuando el prolongado tiempo transcurrido desde el hecho y la ausencia de nuevas infracciones de tránsito demuestran la enmienda de la supuesta incorrección, estimándose a la tardía privación del trabajo – impositiva de la subsistencia del condenado y su familia- como una consecuencia contraria al principio de proporcionalidad y desprovista de toda finalidad de prevención.

En casos como el recién citado, la aplicación literal de la regla, que mandaría aplicar necesariamente la pena de inhabilitación, debe ceder frente a una interpretación con base constitucional sustentada en valores como la justicia, de acuerdo a la fuerza normativa del preámbulo de la CN y al principio de proporcionalidad de la pena<sup>11</sup>.

La fuente jurídica reveladora de los principios radica primordialmente, como señalamos antes, en la jurisprudencia doméstica e internacional. Se objeta como omnipotencia judicial conferir la última

palabra en la interpretación constitucional a un poder contra mayoritario, como lo sería el judicial... Pero, como bien señala Zaffaroni, «*la dictadura de los jueces*» es un estribillo ridículo y aberrante, por cuanto es la única dictadura que no existió nunca en la historia! Por otra parte la exigencia de una seria y convincente argumentación reduce a la mínima expresión el riesgo de la arbitrariedad y el decisionismo (En línea similar se expresan constitucionalistas de la talla de Gil Domínguez).

### Principios receptados por la ley

La nueva legislación en la Provincia de Santa Fe (el Código Procesal Penal, la Organización de los Tribunales penales, la Acusación Pública y el Servicio Oficial de Defensa) asume una clara posición principialista. Mencionaremos algunos puntos que nos parecen de importancia:

Potencia el principio de Tutela judicial efectiva (al incorporar al querellante autónomo), vigoriza el acceso a la justicia, implanta el acusatorio y garantiza la imparcialidad del tribunal;

Pone en crisis el principio de legalidad procesal (necesaria promoción y ejercicio de la acción), favoreciendo casos de oportunidad reglada. Aquí Cafferata Nores recomienda ubicar las excepciones al principio de legalidad, no en el inicio de la persecución penal sino en un momento posterior del proceso por una razón de publicidad y transparencia. Pero con ello, por una respetada inquietud de control, se dilapidan tiempo y esfuerzos en persecuciones penales que desde su inicio sabemos no han de alcanzar una condena (pena natural, solución del conflicto, insignificancia). Por ello compartimos que un equipo de fiscales de decisión temprana disponga lo antes posible prescindir de la persecución penal sin perjuicio de la oportuna y fundada revocación de la preliminar actitud asumida. El riesgo de una injusta impunidad está cubierto con la posibilidad otorgada a la víctima de constituirse en querellante autónomo en caso de abandono de la acción penal pública por el Ministerio Público.

Bilateralidad, contradictorio, acusatorio, adversarial, son la otra cara de la imparcialidad del Juez, construyen la imparcialidad,

y proclaman que la actividad procesal depende de los adversarios, no del tribunal.

Y como el Fiscal es uno de los adversarios, no puede predicarse del mismo el principio de imparcialidad, propio de un tercero independiente ajeno a la contienda. Sí cabe exigirle objetividad. Para Bovino este principio de Objetividad es una ficción: una persecución objetiva diluiría el carácter contencioso del caso. Sin embargo, al ejercer la persecución penal el Fiscal procurará la verdad y no ha de ocultar elementos favorables a su adversario procesal, sin perjuicio de propiciar los acuerdos autorizados por las leyes para la solución del conflicto subyacente. Un sello proverbial de este principio se acuña en la instructiva destinada a la Fiscalía de Chile en cuanto dispone: «en caso de duda, reenvíe el material a la defensa». Lo contrario puede desencadenar la invalidación de la pesquisa y la descalificación del juicio como justo, por vulneración al principio de objetividad, y buena fe procesal, de parte del Fiscal.

El principio del consenso (para algu-

nos, variante del principio dispositivo y de oportunidad), se exterioriza especialmente en nuestro procedimiento abreviado y está estrechamente vinculado a la solución del conflicto. Tiende a neutralizar, morigerar o limitar la intervención jurisdiccional: el tribunal sólo dirime controversias o controla se observen las garantías en los actos procesales que demandan su control. Si estas se han cumplido y no hay contradicción o discrepancias (antagonistas, o contendientes sobre el punto), tampoco hay espacio para la jurisdicción.

La eficacia del consenso no significa acoger éticas consensualistas, formales o procedimentalistas, identificando verdad con consenso. No. Como señala Arthur Kaufman el consenso debe fundarse cualitativamente, no sólo formalmente, y entonces es fuente de derecho justo. No es el mero consenso constitutivo de lo justo; pero la aprobación por el auditorio universal no deja de ser un indicio favorable de la justicia de la proposición. Aristóteles decía: bueno es aquello que los hombres apetecen, pero no es bueno porque los hombres

lo apetecen sino que precisamente lo apetecen porque es bueno. Más vale, como dice Ollero Tasara, el consenso es síntoma racional de la verdad<sup>12</sup>.

Asimismo, para que haya consenso válido de la defensa (acuerdos, procedimiento abreviado), se requiere del consentimiento informado del imputado. La autonomía de la voluntad consagra el reconocimiento de la dignidad de la persona perseguida en tanto y en cuanto medie la expresión auténtica del sujeto vulnerable. Cada uno de los protagonistas del proceso, en ese sentido, asume un rol indelegable (Fiscal, defensor, víctima), y de ello deriva una enorme responsabilidad funcional de los operadores procesales.

Importante es el art.13 del nuevo ordenamiento procesal en cuanto posibilita a las partes acordar el trámite (autonomía de la voluntad), privilegiando los principios de simplicidad, abreviación y oralidad, de modo que aquí el consenso autoriza derogar el trámite previamente reglado.

Conectado con el consenso surge el prin-

cipio de preclusión, e inmediato al de contradicción se ausulta el de congruencia, trabajado empeñosamente con la acusación alternativa o subsidiaria para no vulnerar la prohibición de fallar *ultra o extra petita*.

## Relación de los principios procesales y penales

¿Qué pasa si se enfrentan los principios de consenso y legalidad sustancial? La trasgresión del principio de legalidad en la línea de la incriminación (consensuar la punición de un acto atípico o una agravante inexistente en el caso) capacita al Juez para pronunciarse de oficio (nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, de acuerdo al *principio iura curia novit*). El principio de legalidad sustancial no se agota en la exigencia de la tipicidad. Reclama que se verifiquen todas las condiciones que franquean la punición, desde la fórmula de una necesaria instancia inicial, hasta la inexistencia de una excusa absolutoria.

Correctamente, entonces, el art. 343 nue-

vo CPP, respecto del procedimiento abreviado, expresa: El Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la pena aceptada por las partes (*Consenso*), sin perjuicio de definir la calificación legal que corresponda (*iura curia novit*). No obstante, si a partir del hecho descrito en el acuerdo, el Juez estima que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia legalmente determinante de la exención de pena o de su atenuación, dictará sentencia absolviendo o disminuyendo la pena en los términos en que proceda (*Legalidad sustancial*).

Una justicia restaurativa y un derecho penal preocupado por una auténtica pacificación social, necesita que anticipadamente, en el tránsito por el proceso, se aliente la desactivación del problema desencadenante de la persecución penal. El art. 83 del CPP<sup>13</sup>, consagra el *principio de la solución o morigeración del conflicto subyacente*.

El principio referido vendría a decirte esto al imputado: «Todo lo que tú hagas a favor de la víctima y su conflicto (arrepentirte, pedir disculpas, devolver lo robado, ofrecer la reparación

del perjuicio ocasionado) te puede beneficiar, por ejemplo, ejerciendo el Fiscal un criterio de oportunidad de la acción y así abstenerse de perseguir penalmente, o de aplicar una coerción alternativa o morigerada (en lugar de la prisión preventiva, la prohibición de salir de un área determinada o el encarcelamiento nocturno domiciliario), o en la individualización menor de la pena en la sentencia (dos años en lugar de tres), o reduciendo o modificando la forma de cumplir la pena durante la ejecución (acortamiento de la pena o modalidad de fin de semana, etc.)»

No se trata simplemente de cubrir el daño patrimonial ocasionado al ofendido. La idea clave, de Silva Sánchez, es la repersonalización como objetivo del sistema penal. Es que, al decir de Baumann, la víctima no necesita sólo dinero, sino esencialmente arrepentimiento, reconciliación, satisfacción; y que el autor necesita precisamente lo mismo para su resocialización.

## A modo de conclusión

1) Es provechosa la reflexión actual sobre los principios. Ellos pueden ser un

instrumento adecuado para el logro de un proceso garantizador y eficiente.

2) Es conveniente positivizar en la ley principios vigentes que no han tenido reglamentación explícita.

3) La imparcialidad del Juez y el acusatorio-adversarial son exigencias ineludibles de un auténtico proceso.

4) El criterio de oportunidad reglado aligera la carga del sistema penal y brinda mejores soluciones, en tiempo razonable, a los protagonistas del conflicto.

5) El principio de legalidad sustancial del Derecho Penal predomina sobre el adversarial y el consenso procesal, posibilitando, por la vía del *iura curia novit*, pronunciarse de oficio en forma favorable al imputado.

6) Los principios se erigen en señales o clave de bóveda de los grandes cambios en el proceso; trazan el pentagrama donde se instalan o diseñan las notas que iluminan las innovaciones que se avecinan.

En la actualidad ya no es la búsqueda unilateral de las garantías del imputado/condenado lo que preocupa excluyentemente a los cultores del derecho penal y del proceso; también preocupa la víctima; la tutela judicial efectiva. Inquieta la eficiencia, la eficacia, la performatividad y la justicia de las soluciones disponibles.

Descendamos entonces desde la altura astral de los principios a la mejor solución de los conflictos cotidianos, iluminando con sus directrices la búsqueda de la mejor justicia para el caso. O, como señala el lema del último Congreso Nacional de Derecho Procesal: *«Para repensar el proceso revisemos los principios»* ■

<sup>1</sup> PEYRANO, JORGE W.; *El proceso civil. Principios y fundamentos*, pp 29 y 30.

<sup>2</sup> El tema se halla exhaustivamente tratado por YACOBUCCI, GUILLERMO J.; *El sentido de los principios penales*, y en forma más general por VIGO, RODOLFO L.; *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*.

<sup>3</sup> GRISETTI RICARDO, en la ilustración exhibida en las Jornadas Preparatorias de Jujuy, *Reglas, Principios y Directivas. Los principios penales y procesales*. Primavera de 2010.

<sup>4</sup> Las diferenciaciones apuntadas pertenecen primordialmente al Profesor CIANCIARDO, JUAN, en *Principios y Reglas: una aproximación desde los criterios de su distinción*, publicado en La Ley del 29 de Mayo de 2004.

<sup>5</sup> Sobre el punto cfr. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO; *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, p. 30 y ss.; VIEHWEG, TH.; *Tópica y jurisprudencia*, p. 53, y abundantes citas de PERELMAN, RECASENS SICHES, KALINOWSKY, y otros.

<sup>6</sup> Otros casos que pueden verificarse: hacer cumplir la regla que exige el pago del mínimo de la multa para conceder la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, párrafo 5° del CP) cuando el peticionario no cuente con medios para ello, atenta contra el principio de igualdad, proporcionalidad y racionalidad. También recuerdo un fallo de la Sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación, brillantemente comentado por el Dr. YHOMA, donde se valoraba que por un grueso error se había liberado condicionalmente a un penado al que aún mucho le faltaba para cumplir el plazo del art. 13 del CP. El Tribunal constató el error pero mantuvo la liberación por aplicación del principio de readaptación social.

<sup>7</sup> *Trabajadores cesados del Congreso vs. / Perú*, pronunciamiento del 24 de noviembre de 2006; doctrina mantenida con posterioridad en *Fermín Ramírez vs. / Guatemala*.

<sup>8</sup> CSJN, en Fallos, 324:3219

<sup>9</sup> *La Ley*, Suplemento Constitucional del 27 de diciembre de 1999, p. 18, con cita de CUETO RÓA.

<sup>10</sup> CREUS, CARLOS; *Influencia de los Tratados*

*Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho Penal Argentino*, Conferencia del 4 de julio de 1997 en el Colegio de Martilleros de Rosario.

<sup>11</sup> Cfr. VIGO, RODOLFO LUIS; *Interpretación Constitucional*, p. 152 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. VIGO, RODOLFO LUIS; *Los principios jurídicos*, pp. 24 y 25.

<sup>13</sup> El art. 83 del nuevo código santafesino (71 del AP de 1993), expresa lo siguiente: "Todo lo atinente a la situación de la víctima, y en especial la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de: 1) ejercer la acción el actor penal; 2) seleccionar la coerción personal indispensable; 3) individualizar la pena en la sentencia; y 4) modificar, en su medida o su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de la ejecución».